



HAL
open science

Enfants étrangers, enfants fichés - Conformité à la constitution d'un fichier des personnes étrangères se présentant comme mineures et isolées

Lisa Carayon

► To cite this version:

Lisa Carayon. Enfants étrangers, enfants fichés - Conformité à la constitution d'un fichier des personnes étrangères se présentant comme mineures et isolées. *Constitutions: Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2019, *Constitutions*, 03, pp.387. halshs-02452824

HAL Id: halshs-02452824

<https://shs.hal.science/halshs-02452824>

Submitted on 21 Oct 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Enfants étrangers, enfants fichés
Conformité à la constitution de la création d'un fichier des personnes étrangères se
présentant comme mineures isolées

Lisa Carayon

Maîtresse de conférence, université Paris 13

Publication *Constitutions*, 2019, p. 387

Dans sa décision QPC du 26 juillet 2019, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la constitution la création d'un fichier des personnes étrangères se présentant comme mineures et isolées sur le territoire national. Si cette décision ne surprend pas elle marque cependant l'écart entre l'appréciation abstraite menée par le Conseil et la réalité pratique des conséquences de ce nouveau fichier sur la protection de l'enfance.

La loi du 10 septembre 2018¹ a intégré au Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), un nouveau fichier de données personnelles². Cette nouvelle base de données vise les personnes de nationalité étrangères qui se présentent comme mineures et isolées sur le territoire français et prévoit d'enregistrer leurs empreintes digitales ainsi que leur photographie. Prévu pour entrer en vigueur sur l'ensemble du territoire en novembre 2019, ce fichier fait cependant l'objet d'une expérimentation dans certains départements depuis mars dernier, selon les modalités établies par le décret n° 2019-57 du 30 janvier 2019. C'est précisément à l'occasion d'un recours en excès de pouvoir contre ce dernier texte que vingt-deux organisations de défense des droits fondamentaux, de protection de l'enfance et de promotion des droits des personnes étrangères ont attaqué, par le biais d'une QPC, la constitutionnalité de ce nouveau dispositif de fichage³. Le Conseil d'État ayant jugé la question conforme aux exigences de l'article 6-1 de la constitution⁴, le Conseil constitutionnel a finalement prononcé, le 26 juillet dernier, la constitutionnalité totale des dispositions attaquées, quoiqu'assortie d'une petite réserve d'interprétation. Après avoir rappelé les raisons pour lesquelles le législateur a jugé nécessaire de créer un nouveau fichier à destination des jeunes étrangers isolés **(I)**, nous montrerons en quoi la décision commentée, sans surprendre sur le fond, est symptomatique des limites d'un contrôle de constitutionnalité purement abstrait **(II)**.

Un nouveau fichier : pour qui ? pourquoi ?

L'étude des récentes évolutions concernant la prise en charge des mineurs étrangers isolés nécessite avant toute chose un rappel : la mise à l'abri des mineurs en danger sur le territoire est, en droit français, sans rapport avec leur nationalité. Ce principe d'universalité de la protection de l'enfance doit en outre être combiné avec le fait que la personne étrangère mineure est pas principe protégée contre toute mesure d'éloignement contraint et n'a pas besoin, contrairement aux personnes majeures, de solliciter sur le territoire un droit au séjour. Pour résumer : tout mineur étranger qui se trouve isolé sur le territoire français doit être, du fait

¹ Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie. Art. 51.

² Art. L. 611-6-1 CESEDA.

³ L'auteur de la présente note signale que, bien qu'étant membre de deux des associations requérantes, elle n'a en rien participé à l'élaboration des recours ici commentés.

⁴ CE, décision du 15 mai 2019, n° 428478.

du danger que représente cet isolement, pris en charge par les services départementaux de l'aide sociale à l'enfance⁵.

Ce principe s'est cependant heurté, ces dernières années, à un phénomène d'augmentation du nombre de jeunes de nationalité étrangère sollicitant la protection des départements. Face à des jeunes souvent dépourvus de documents d'identité ou dont les documents sont considérés sans valeur probante⁶, ont été mises en place, dans chaque département, des services dédiés à l'évaluation des demandes et notamment consacrées à l'évaluation de l'âge des demandeurs⁷. Ces évaluations individuelles, auxquelles ont couramment été adjoints, sur injonction de juges des enfants, des tests médicaux dits d'« âge osseux », ont rapidement fait l'objet de critiques de la part, notamment, des acteurs associatifs du secteur mais aussi des chercheurs et chercheuses investiguant dans ce champ. Les tests médicaux d'évaluation de l'âge ont ainsi régulièrement été remis en cause quant à leur valeur scientifique⁸ alors que les évaluations « sociales » démontraient régulièrement leur caractère nécessairement subjectif, parfois jusqu'au stéréotype⁹. Quelles qu'en soient les raisons, le fait est que l'admission des jeunes étrangers dans le dispositif de protection de l'ASE s'est rapidement révélée très disparate sur l'ensemble du territoire. Ce constat, adjoint sans doute à des tentatives de contournement de l'évaluation, a conduit à l'émergence d'un phénomène de « circulation » des jeunes étrangers isolés : certains d'entre eux, faisant l'objet d'un refus de prise en charge dans un département donné – parfois même sans évaluation, par simple refus oral – tentant ainsi leur chance dans un autre département¹⁰.

La volonté du gouvernement de « gérer » cette circulation des jeunes étrangers en demande de protection a trouvé à s'exprimer lors de la dernière grande réforme du droit des étrangers qui a inséré dans le CESEDA un nouvel article L. 611-6-1 portant création d'un fichier automatisé des empreintes digitales et des photographies de toute personne se présentant comme étrangère, mineure et « temporairement ou définitivement de la protection de [sa] famille », selon l'expression consacrée, tirée du droit de la protection de l'enfance¹¹. Cette inclusion du dispositif dans le code consacré à l'entrée et au séjour des personnes étrangères - et plus particulièrement dans sa partie intitulée « contrôle » - marque symboliquement que le dispositif est avant tout tourné vers le contrôle de la « véracité » de l'âge allégué, dans l'objectif avoué d'éviter que la prise en charge par l'ASE ne soit qu'une tactique de contournement, pour des personnes majeures, des normes relatives au droit au séjour. Cet objectif de contrôle migratoire est affirmé par le texte lui-même, qui énonce que le dispositif vise à « mieux garantir la protection de l'enfance et [à] lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France ». La dimension de politique migratoire du mécanisme peut également être déduite du fait que le décret d'application de ce texte prévoit la mise en relation des données recueillies non seulement avec les données éventuellement recueillies dans d'autres départements mais

⁵ Art. L. 112-3 CASF

⁶ On rappellera ici que les documents d'identité établis conformément aux formes étrangères sont supposés faire foi jusqu'à preuve contraire (art. 47 C. civ.).

⁷ Art. R. 221-11 CASF. Sur l'encadrement de ces entretiens d'évaluation v. circulaire 31 mai 2013, NOR : JUSF1314192C puis arrêté interministériel du 17 nov. 2016.

⁸ V. par ex. P. CHARIOT, « Quand les médecins se font juges : la détermination de l'âge des adolescents migrants », *Chimères*, 74, 2010, p. 103. Malgré ces critiques, le Conseil constitutionnel a jugé le recours à ces tests conformes à la constitution, dès lors qu'ils ne sont pas leur seul élément retenu dans la détermination de l'âge : C. constit, décision n°2018-768 QPC du 21 mars 2019.

⁹ V. par ex. L. CARAYON, J. MATTIUSI et A. VUATTOUX, « "Soyez cohérent, jeune homme !" : Enjeux et non-dits de l'évaluation de la minorité chez les jeunes étrangers isolés à Paris », *Revue française de science politique*, 2018, vol. 68 (1), p. 31.

¹⁰ Notons également le phénomène inverse : certains jeunes évalués mineurs dans un département et orientés, pour les besoins de leur prise en charge, vers un autre territoire, ont ainsi pu faire l'objet de réévaluation conduisant à les considérer comme majeurs, évaluation conduisant à la fin de leur prise en charge.

¹¹ Art. L. 112-3 CASF.

aussi avec le fichier des demandes de visa vers l'espace Schengen (VISABIO) et, si la personne est évaluée majeure, avec le fichier préfectoral des personnes étrangères présentes sur le territoire français (AGDREF 2). Cette mise en relation vise explicitement à vérifier que les empreintes relevées n'ont pas déjà été enregistrées sous l'identité d'une personne majeure. En outre, la création de ce fichier vise évidemment à contrôler que la personne qui sollicite la protection de l'ASE n'a pas déjà fait l'objet d'une évaluation par un service départemental qui l'aurait désigné comme majeur.

On l'aura compris, la loi ici attaquée, parce qu'elle intègre à un dispositif de protection de l'enfance des mécanismes de contrôle des trajectoires migratoires de personnes étrangères ne pouvait que s'attirer l'ire des associations de défense à la fois des droits de l'enfance et des droits des personnes étrangères. Leurs arguments, tirés de constat de terrain, n'ont cependant pas convaincu les sages, qui limitent leur contrôle à une appréciation *abstraite* de la constitutionnalité des textes.

Abstraction du contrôle de constitutionnalité : naufrage de la protection de l'enfance

Les arguments présentés au soutien de l'inconstitutionnalité du dispositif attaqué étaient au nombre de cinq : les quatre premiers sont rapidement balayés par le Conseil et le dernier ne trouvant de sa part aucune réponse.

Tout d'abord, les requérant arguaient que le nouveau fichier portait atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et au respect de sa vie privée. Le Conseil réaffirme ici, comme il avait pu le faire par le passé¹², que la protection de l'enfance fait partie des exigences constitutionnellement protégées et en tire une exigence particulière selon laquelle la détermination de l'âge doit être entourée « des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures ». Cependant, cette exigence, comme celle de protection de la vie privée, est mise en balance par le Conseil avec l'« objectif de lutte contre immigration irrégulière ». Cette dernière affirmation doit être signalée dans la mesure où le Conseil la réitère par deux fois dans sa décision : la première fois (§5) il rattache la lutte contre l'immigration clandestine à l'objectif constitutionnel de sauvegarde de l'ordre public mais la seconde fois (§8), il semble en faire un objectif autonome.

En tout état de cause, l'arbitrage effectuée par la loi entre les deux impératifs semble satisfaire le Conseil qui note, par exemple, que le fichier n'a pas pour seul objectif de procéder au plus vite à l'expulsion des personnes qui seraient évaluées majeures mais aussi de faciliter l'activité des services d'aide sociale à l'enfance en évitant la répétition de demandes par des personnes déjà évaluées majeures. Cette affirmation, qui se comprend dans une appréciation abstraite de la constitutionnalité des textes, est pourtant sujette à caution dès lors que l'on pourrait également arguer que l'automatisation des refus de réexamen de situations, au prétexte que la personne a déjà été évaluée majeure, peut conduire, de fait, à l'exclusion du dispositif de mineurs qui auraient fait les frais du caractère nécessairement subjectif de l'évaluation de l'âge.

Le risque est d'autant plus grand que, comme le soulevaient les requérant, le législateur a sans doute pêché par incompétence négative en ne prévoyant pas de dispositif à même mentionner dans le fichier le fait que la personne en cause, évaluée majeure et donc non pris en charge, décide d'user de la saisine directe d'un juge des enfants. Le transfert des données personnelles du jeune du fichier d'Aide à l'évaluation de la minorité vers de fichiers des personnes étrangères vivant en France est en effet automatique dès que la personne a fait l'objet, par des services départementaux, d'une première évaluation de majorité. Dans l'hypothèse où une mesure d'éloignement serait prise alors même que la demande de protection est toujours en examen devant une juridiction il restera donc uniquement à la personne de la contester

¹² V. par ex. décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, cons. 78 mais aussi plus récemment décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, préc.

comme contraire à l'interdiction d'expulsion des mineurs¹³. Une procédure qui n'est pas sans difficulté en pratique dès lors qu'arguant qu'il est mineur le requérant peut être considéré comme incapable de contester la mesure administrative qui lui a été notifiée¹⁴... Le Conseil refuse cependant de se prononcer sur ce point mais sans développer ses motifs (§12).

Fort d'une certaine expérience dans l'usage toujours plus étendu des fichiers dans la lutte contre l'immigration illégale, les requérant arguaient également que la loi n'encadrerait pas suffisamment les conditions de recueil et de conservation des données. Ici le Conseil se contente d'une évaluation purement formelle, constatant que le texte du nouvel article L. 611-6-1 CESEDA énonce lui-même que « la conservation des données des personnes reconnues mineures est limitée à la durée strictement nécessaire à leur prise en charge et à leur orientation » et soumet le traitement de ces données à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. La légèreté de ce contrôle ne peut manquer de surprendre dès lors que la protection des données personnelle et leur usage proportionné et conforme à un objectif d'intérêt général est rattachée par le Conseil au droit constitutionnel à la liberté, et partant à la protection de la vie privée¹⁵ (§4) : quel intérêt à ce rattachement s'il suffit, pour satisfaire aux exigences constitutionnelle... d'affirmer textuellement que l'on respectera ces exigences ?

Mais l'affirmation du Conseil qui démontre le mieux les limites d'un contrôle abstrait de constitutionnalité réside dans la réponse qu'il fait à l'argument selon lequel ce traitement automatisé des données relatives à l'évaluation de l'âge porterait atteinte à la présomption de minorité dont devrait bénéficier toute personne réclamant la protection de l'aide sociale à l'enfance. Le Conseil affirme en effet ici que le nouveau fichier ne modifie en rien, ni en droit ni en fait, les modalités d'évaluation de l'âge « la majorité d'un individu ne saurait être déduite ni de son refus opposé au recueil de ses empreintes ni de la seule constatation, par une autorité chargée d'évaluer son âge, qu'il est déjà enregistré dans le fichier en cause ou dans un autre fichier alimenté par les données de celui-ci » (§7). Cette position, en forme de réserve d'interprétation, et peut-être la seule « victoire » arrachée par les associations requérantes et rappelle celle qu'avaient pris les sages relativement à l'usage des examens d'« âge osseux », dont ils avaient déjà affirmé qu'ils ne pouvaient être les seuls éléments de détermination de l'âge¹⁶. Cette position est cependant totalement déconnectée de la réalité de la prise en charge des jeunes étrangers isolés.

Car qui peut croire qu'un service départemental prendra une décision de prise en charge si les empreintes du demandeur sont rattachées à l'identité d'une personne déjà évaluée majeure ou ayant demandé un visa en tant que majeur ? Certes, la décision administrative portera formellement le fait qu'un autre élément a été déterminant (le « comportement » du jeune ou la « cohérence » de son récit) mais la décision sera prise en réalité sur la seule base de ce traitement automatisé des données. Et pourtant, l'étude des parcours de ces jeunes migrants montre qui arrive couramment, par exemple, que des demandes de visa soient faites avec les empreintes d'un mineur mais l'identité d'un majeur, l'Europe ne délivrant pas de visa à des mineurs non-accompagnés. Mais cette « fraude » au visa ne signifie pas pour autant que le jeune qui se présente aux services départementaux de l'enfance n'est pas mineur et ne saurait remettre en cause la protection qui lui est due. De la même façon, comment croire que le jeune qui refusera la prise de ses empreintes n'en subira aucune conséquence sur sa prise en charge ? Et pourtant, comment ne pas comprendre qu'il puisse s'y refuser alors qu'il est fort possible que, dès son entrée en Europe, ses compagnons de voyages demandeurs d'asile se soient trouvés enfermés dans la grande usine à gaz du système Dublin pour avoir un jour donné leurs empreintes

¹³ L. 511-4 1° CESEDA

¹⁴ CE, 1^{er} juillet 2015, n° 386769. V. cependant CE ref., 13 juillet 2017, n° 412134 et 412135.

¹⁵ V. par ex. décision n° 2012-65 2 DC du 22 mars 2012, Loi relative à la protection de l'identité.

¹⁶ Décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, préc.

aux autorités du pays qu'ils traversaient. Comment exiger de jeunes, potentiellement mineurs, qu'ils fassent confiance à un système qui les oriente en première intention vers la *préfecture* alors qu'ils viennent solliciter la protection de l'*aide sociale à l'enfance* ? Les premières données recueillies pas le secteur associatif dans les départements où ce système est déjà mis en place confirment d'ailleurs que la prise en charge des jeunes n'est souvent effectuée qu'*après* qu'ils ont donnés leurs empreintes et que le refus fait bien souvent, en pratique, obstacle à toute autre procédure d'évaluation¹⁷.

Mais ces préoccupations pratiques ne sont pas celles que le Conseil constitutionnel a choisi d'examiner dans ses décisions QPC, et l'on perçoit ici toute la limite de cette méthode abstraite du contrôle de constitutionnalité ; dont le caractère vaporeux confine parfois à l'inconsistance. Espérons dès lors, pour l'effectivité de la protection inconditionnelle de l'enfance, que les futurs recours individuels en inconstitutionnalité connaîtrons davantage de succès.

¹⁷ V. not. INFOMIE, *Note d'observations*, juillet 2019. Disponible sur : http://www.infomie.net/IMG/pdf/note_version24072019_avec_annexes.pdf [consulté le 9 sept. 2019].